

Schriften zum Europäischen Recht

Band 90

**Der Begriff der Diskriminierung im
Europäischen Gemeinschaftsrecht**

Von

Stefan Plötscher



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN PLÖTSCHER

Der Begriff der Diskriminierung im
Europäischen Gemeinschaftsrecht

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera und Detlef Merten

Band 90

Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht

Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik
der Grundfreiheiten des EG-Vertrages

Von

Stefan Plötscher



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Universität Bayreuth hat diese Arbeit
im Jahre 2001/2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selnigow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 3-428-10883-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juli 2001 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt in erster Linie meinem sehr verehrten akademischen Lehrer und Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rudolf Streinz, der meinen akademischen Werdegang von Beginn des Studiums an fördernd begleitet hat. Ihm verdanke ich mein Interesse für das Europarecht sowie die Anregung des behandelten Themas und unzählige wertvolle Hinweise und Ratschläge, die zum Gelingen der vorliegenden Arbeit beigetragen haben. Eine große Bereicherung waren ferner die Diskussionen mit Herrn Privatdozent Dr. Wolfgang Weiß, dem ich zudem für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken möchte. Darüber hinaus gilt mein Dank auch Herrn Professor Dr. Gerhard Dannecker, der das Entstehen der Arbeit in vielen Gesprächen begleitet und gefördert hat.

Des weiteren möchte ich mich herzlich bei Dr. Georgios Matsos, Dr. Christoph Ohler LL. M., Rupert Doehner, Jörg Biermann, Artur Müller, Jan Kalbheim, Axel Mühl und Miguel Azpitarte-Sánchez bedanken, die mir alle in verschiedenster Weise durch Diskussionen und Hinweise bei der Anfertigung der Arbeit weitergeholfen haben.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Siegfried Magiera und Herrn Prof. Dr. Detlef Merten für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Schließlich schulde ich auch dem Freistaat Bayern sowie der Universität Bayreuth Dank für ihre Unterstützung der Arbeit durch Gewährung eines Landesgraduiertenstipendiums.

Die Arbeit ist meinen lieben Eltern gewidmet, die mich in meiner Laufbahn stets ermunternd und fördernd begleitet haben.

Bayreuth/Charlottesville (USA), im April 2002

Stefan Plötscher

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
-------------------------	----

Teil 1

Grundlagen	26
-------------------	----

§ 1 „Diskriminierung“ als Begriff	26
A. Herkunft und Entwicklung des Begriffs	26
B. „Diskriminierung“ im Europäischen Gemeinschaftsrecht	29
§ 2 Strukturfragen des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsbegriffs	37
A. Modellstruktur als Ausgangspunkt	37
B. Vorfrage: Der Anwendungsbereich des konkreten Diskriminierungsverbots	40
C. Vergleichstatbestand	41
D. Ungleiche Behandlung der Vergleichstatbestände	47
E. Rechtfertigungselement	64
F. Vorsatz	69
§ 3 Besondere Begriffsbildungen	70
A. Die sog. „materielle Diskriminierung“	70
B. Die sog. „umgekehrte Diskriminierung“ oder „Inländerdiskriminierung“	74

Teil 2

Begriffsanalyse im Rahmen einzelner Diskriminierungsverbote	82
--------------------------------------------------------------------	----

§ 4 Allgemeine Diskriminierungsverbote	82
A. Das Verbot des Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EGV	83
B. Wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbote	94
§ 5 Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit	97
A. Das Merkmal der Staatsangehörigkeit	99
B. Das sog. allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV)	101
C. Die Diskriminierungsverbote der Personenverkehrsfreiheiten	136
D. Das Sonderproblem der Inländerbenachteiligung	160
§ 6 Warenverkehrsfreiheit	161
A. Methodische Vorüberlegungen	162
B. Vergleichstatbestände	167
C. Ungleichbehandlung	174
D. Berücksichtigung sachlicher Differenzierungsgründe	200
E. Subjektives Element	206

F. Das Verbot steuerlicher Diskriminierung gemäß Art. 90 EGV	208
G. Das Diskriminierungsverbot für staatliche Handelsmonopole (Art. 31 EGV) ...	214
§ 7 Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	216
A. Vergleichstatbestand	218
B. Ungleichbehandlung	221
C. Rechtfertigung	252
D. Die Regelung der Beweislast	259
§ 8 Die Antidiskriminierungsnorm des Art. 13 EGV	260
A. Bedeutung der Vorschrift	260
B. Die Gleichbehandlungsrichtlinien	261

Teil 3

Der gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsbegriff	268
§ 9 Integration in ein einheitliches Konzept	268
A. Die Variable des Vergleichstatbestandes	268
B. Der Tatbestand der Ungleichbehandlung als Basis des Diskriminierungsbegriffs	269
C. Integration der verschiedenen Diskriminierungsformen	277
D. Prüfungsablauf	294
§ 10 Konsequenzen für die Dogmatik der Grundfreiheiten	294
A. Diskriminierungsbegriff und Tatbestand der Grundfreiheiten	295
B. Diskriminierungsbegriff und Rechtfertigungsebene	304

Teil 4

Zusammenfassung und Ausblick	318
§ 11 Zusammenfassung	318
§ 12 Ausblick	320
Verzeichnis der zitierten EuGH-Entscheidungen	322
Literaturverzeichnis	335
Sachwortverzeichnis	346

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
------------------	----

Teil I

Grundlagen	26
------------------	----

§ 1 „Diskriminierung“ als Begriff	26
A. Herkunft und Entwicklung des Begriffs	26
I. Etymologische Ursprünge des Begriffs der Diskriminierung	26
II. Diskriminierung als Rechtsbegriff	28
B. „Diskriminierung“ im Europäischen Gemeinschaftsrecht	29
I. Rechtsquellen für einen gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungs- begriff	29
1. Primärrecht	30
a) Wörtliche Erwähnung	30
b) Inhaltliche Bezugnahme auf Gleich- oder Ungleichbehandlungen ..	31
2. Sekundärrecht	31
3. Rechtsprechung und Rechtsfortbildung durch den EuGH	32
4. Sonstige Rechts(findungs)quellen	32
II. Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot	33
1. Vertragstext	33
2. Rechtsprechung	35
3. Literatur	35
4. Bewertung	36
III. Diskriminierung und allgemeiner Gleichheitssatz	36
§ 2 Strukturfragen des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsbegriffs	37
A. Modellstruktur als Ausgangspunkt	37
I. Gesetzeswortlaut	38
II. Umschreibungen in Rechtsprechung und Literatur	39
B. Vorfrage: Der Anwendungsbereich des konkreten Diskriminierungsverbots	40
C. Vergleichstatbestand	41
I. Vergleich	41
II. Vergleichbarkeit	41
1. Vergleichbarkeit und Gleichheit	42
2. Vergleichbarkeit als wertausfüllungsbedürftiger Begriff	42
3. Konkretisierung in den einzelnen Diskriminierungsverboten	43
III. Die Sonderrolle des verbotenen Differenzierungskriteriums	44
1. Logische Bedeutung des Differenzierungskriteriums	45
2. Dogmatische Einordnung des verbotenen Differenzierungskriteriums ..	45

a)	Rechtssetzung (generell-abstrakte Regelungen)	46
b)	Rechtsanwendung (individuell-konkrete Maßnahme)	46
D.	Ungleiche Behandlung der Vergleichstatbestände	47
I.	Verhalten des Adressaten (Behandlung)	47
1.	Zurechenbarkeit	48
2.	Identität des Adressaten	48
3.	Zweckgerichtetheit des Verhaltens	49
II.	Ungleichheit der Behandlung	49
1.	Benachteiligung	49
2.	Reichweite der Prüfung	50
3.	Vergleichsrichtung: symmetrischer oder asymmetrischer Diskriminierungsbegriff	51
III.	Ungleichbehandlung der Vergleichsgruppen („wegen“ des verbotenen Differenzierungskriteriums)	51
1.	Handlungsbasiertes (finales) oder wirkungsbasiertes (kausales) Diskriminierungskonzept?	52
2.	Tatbestandliche Anknüpfung an das verbotene Unterscheidungskriterium (unmittelbare Diskriminierung)	53
3.	Anknüpfung an ein „neutrales“ Kriterium (mittelbare Diskriminierung)	54
a)	Grundsatz	54
b)	„Unterschiedliche“ Regelung	55
aa)	Das „neutrale“ Kriterium als Ersatzanknüpfung	56
(1)	Faktische Äquivalenz	57
(2)	Normative Äquivalenz	58
bb)	Fehlen eines sachlichen Grundes für das „neutrale“ Kriterium	60
(1)	Dogmatische Funktion	60
(2)	Prüfungsmaßstab und -tiefe	62
4.	Erweiterung auf „unterschiedslose“ Regelungen (mit unterschiedlicher Auswirkung)?	62
5.	Ergebnisse für das Diskriminierungskonzept	64
E.	Rechtfertigungselement	64
I.	Vergleichbarkeit und Rechtfertigung	64
1.	Konkretisierung der Vergleichbarkeit	65
2.	Rechtfertigungsprüfung als rein begriffsimmanentes Element?	65
II.	Rechtfertigungsmaßstab	66
1.	Zulässigkeit (nur) bestimmter Regelungsziele als sachliche Gründe	66
2.	Zusammenhang der Differenzierung mit ihrem Regelungsziel	67
III.	Die besonderen Diskriminierungsverbote	67
F.	Vorsatz	69
§ 3	Besondere Begriffsbildungen	70
A.	Die sog. „materielle Diskriminierung“	70
I.	Materielle Diskriminierung und Ungleichbehandlung	71
1.	Formelle Ungleichbehandlung	71
2.	„Materielle“ Ungleichbehandlung	71
3.	Abgrenzung zur mittelbaren Diskriminierung	72
II.	Materielle Diskriminierung und Vergleichsgruppenbildung	72
1.	Sog. erweiterte Vergleichsgruppenbildung	72
2.	Abgrenzung zur mittelbaren Diskriminierung	73

Inhaltsverzeichnis

13

III. Materielle Diskriminierung und Rechtfertigung	74
B. Die sog. „umgekehrte Diskriminierung“ oder „Inländerdiskriminierung“	74
I. Problemstellung	75
1. Begriff	75
2. Entstehung und Ursachen	76
II. Bedeutung für die Herausbildung eines einheitlichen Diskriminierungsbegriffs	77
1. Vergleichsgruppen	78
2. Differenzierung	79
3. Vergleichsrichtung	80

Teil 2

Begriffsanalyse im Rahmen einzelner Diskriminierungsverbote 82

§ 4 Allgemeine Diskriminierungsverbote	82
A. Das Verbot des Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EGV	83
I. Vergleichstatbestand	84
1. Vergleichsraum	84
a) Erzeuger und Verbraucher	84
b) Erzeugnisse?	85
c) Beziehungen zu Drittstaaten (das Merkmal „innerhalb der Gemeinschaft“)	86
2. Vergleichbarer Sachverhalt	86
a) Auf Marktteilnehmer bezogene Regelungen	87
b) Warenbezogene Regelungen	88
II. Ungleichbehandlung	89
1. Differenzierungen	89
2. Gleichbehandlung von Ungleichem?	90
III. Rechtfertigung	92
1. Bedeutung des Rechtfertigungselements	92
2. Rechtfertigungsmaßstab	93
B. Wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbote	94
§ 5 Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit	97
A. Das Merkmal der Staatsangehörigkeit	99
I. Gemeinschaftsrechtlicher oder mitgliedstaatlicher Begriff	99
II. Natürliche und juristische Personen	100
III. Staatsangehörigkeit im wirtschaftlichen Sinn?	100
B. Das sog. allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV)	101
I. Methodische Vorüberlegungen zur Auslegung	102
1. Wortlaut	102
2. Art. 12 EGV und die Personenverkehrsfreiheiten	102
II. Der Anwendungsbereich des Verbotes	104
1. „Unbeschadet besonderer Bestimmungen“	104
2. „In seinem Anwendungsbereich“	106
III. Vergleichstatbestand	107

1. Personen	107
2. Verschiedene Staatsangehörigkeit	108
a) Eigene und fremde Staatsangehörige	108
b) Verschiedene fremde Staatsangehörige	108
3. Problem der erweiterten Vergleichsgruppenbildung	109
IV. Ungleichbehandlung	110
1. Anknüpfungspunkt	110
2. Verhalten eines Adressaten	111
3. Reichweite des Vergleichs	112
4. Unmittelbare Diskriminierung	113
5. Mittelbare Diskriminierung	114
a) „Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale“	116
aa) Fallgruppen	116
bb) Bedeutung des Merkmals	118
b) „Tatsächlich gleiches Ergebnis“	118
aa) Faktische Betrachtung	118
bb) Normative Betrachtung	119
cc) Bewertung	122
c) Keine „sachlichen Unterschiede“	122
aa) Relevanz des Kriteriums	122
bb) Zulässige sachliche Gründe	124
cc) Weitere Einschränkungen	125
dd) Ansichten im Schrifttum	128
ee) Stellungnahme	128
d) Subjektives Element	129
V. Rechtfertigung	129
1. Absolutes oder relatives Diskriminierungsverbot	130
2. Rechtsprechung	131
3. Konsequenz	132
C. Die Diskriminierungsverbote der Personenverkehrsfreiheiten	136
I. Erweiterte Vergleichsgruppenbildung	136
1. Ansatzpunkte in der Rechtsprechung	137
a) „Wanderarbeitnehmer“ bzw. grenzüberschreitend Tätige	137
aa) Klassische Situationen	137
bb) Rückkehrerfälle	139
b) Ansässigkeit bzw. Ansässigkeitserfordernis	140
c) Dienstleistungsherkunft bzw. Ort der Dienstleistungserbringung ...	144
2. Ansichten in der Literatur	145
3. Konsequenz	146
II. Ungleichbehandlung (Handlungs- oder wirkungsbasiertes Konzept?)	147
1. Systematische Einordnung	147
2. Literatur	147
3. Ansätze in der Rechtsprechung	149
4. Stellungnahme	151
III. Rechtfertigungsproblematik	154
1. Vertypte Rechtfertigungsgründe bei spezifischer Ungleichbehandlung?	154
a) Ausübung hoheitlicher Gewalt	154

b) Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit	155
2. Sachlichkeitsprüfung bei „neutraler Differenzierung“	156
3. Die Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses bei Beschränkungen	157
D. Das Sonderproblem der Inländerbenachteiligung	160
§ 6 Warenverkehrsfreiheit	161
A. Methodische Vorüberlegungen	162
I. Tatbestandsebene: Freier Warenverkehr als Diskriminierungsverbot?	162
II. Schrankendogmatik: „Unterschiedslos anwendbare Regelungen“	164
1. Entstehungsgeschichte	164
2. Bedeutung für den Diskriminierungsbegriff	165
III. Vorgehensweise	166
B. Vergleichstatbestände	167
I. Anknüpfung an die Warenherkunft bzw. Warenbestimmung	167
1. Vergleich inländischer und ausländischer Warenherkunft bzw. -bestimmung	167
2. Vergleich von Waren aus verschiedenen Mitgliedstaaten bzw. von für verschiedene Mitgliedstaaten bestimmte Waren	168
II. Weitere Vergleichsgruppen?	169
1. Anknüpfung an den Warenursprung	169
2. Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bzw. Ansässigkeit der Wirtschaftsteilnehmer	171
C. Ungleichbehandlung	174
I. Tatbestandliche Unterscheidung nach der mitgliedstaatlichen Herkunft bzw. Bestimmung der Waren (unmittelbare Diskriminierung)	174
1. Anhaltspunkte im Normtext	174
a) Art. 28 f. EGV	174
b) Die Richtlinie 70/50/EWG der Kommission	175
2. Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH	176
a) Tatbestandseröffnung	176
b) <i>Cassis</i> -Rechtsprechung: Das Merkmal der „unterschiedslos anwendbaren Regelung“	178
c) <i>Keck</i> -Rechtsprechung: Das Merkmal der „rechtlich gleichen Berührung“	180
II. Tatbestandliche Unterscheidung nach anderen Kriterien (mittelbare Diskriminierung)	181
1. Ansatzpunkte	182
2. Sonderfall der Anknüpfung an Teilmengen der Vergleichsgruppen	182
a) Warenursprung	183
b) Herkunft aus einer Teilregion eines Mitgliedstaates	183
3. Weitere Anknüpfungskriterien	185
a) Produkteigenschaften	186
b) Differenzierung nach Personen	187
III. Unterschiedliche Auswirkung einer Regelung (materielle Diskriminierung)	187
1. Ansatzpunkte	188
2. <i>Keck</i> -Rechtsprechung: Das Merkmal der „tatsächlich (un)gleichen Berührung“	188

a)	Typisierende oder faktische Betrachtung?	189
b)	Doppelbelastung	189
c)	Sonstige Beeinträchtigung des Marktzugangs	192
d)	Schlußfolgerung für das Diskriminierungsverständnis	193
3.	Cassis-Rechtsprechung	195
a)	Relevanz eines Wirkungsvergleichs?	196
b)	Schlußfolgerungen für das Diskriminierungsverständnis	199
IV.	Vergleichsrichtung	199
D.	Berücksichtigung sachlicher Differenzierungsgründe	200
I.	Mögliche Ansatzpunkte	200
1.	Normtext	200
2.	Relativierung des Merkmals der „Unterschiedlichkeit“?	201
II.	Bedeutung von Art. 30 EGV für den Prüfungsmaßstab	203
1.	Zielwahl	203
2.	Zielverfolgung und Willkürverbot (Art. 30 S. 2 EGV)	204
III.	Die differenzierte Schrankendogmatik nach der Cassis-Rechtsprechung	205
E.	Subjektives Element	206
I.	Das Kriterium der protektionistischen Zwecksetzung	206
II.	Bedeutung für den Diskriminierungsbegriff	207
F.	Das Verbot steuerlicher Diskriminierung gemäß Art. 90 EGV	208
I.	Vergleichstatbestände	208
1.	„Gleichartige inländische Waren“ (Art. 90 Abs. 1 EGV)	209
2.	„Andere Produktionen“ (Art. 90 Abs. 2 EGV)	209
3.	Nichtbestehen einer inländischen Vergleichsgruppe	210
II.	Ungleichbehandlung	211
1.	Belastungsvergleich	211
2.	Unmittelbarer und mittelbarer Bezug zur Warenherkunft	211
3.	Einbeziehung von steuerlichen Doppelbelastungen?	212
III.	Sachlicher Grund	213
G.	Das Diskriminierungsverbot für staatliche Handelsmonopole (Art. 31 EGV)	214
§ 7	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	216
A.	Vergleichstatbestand	218
I.	Vergleichsgruppen	218
1.	Männer und Frauen	218
2.	Reichweite des Vergleichs	218
II.	Vergleichbarkeit	219
1.	Entgeltdiskriminierung (Art. 141 EGV)	219
2.	Zugang, Beschäftigungsbedingungen, Soziale Sicherheit	220
B.	Ungleichbehandlung	221
I.	Benachteiligung	221
1.	Bezugspunkt des Vergleichs	221
2.	Reichweite des Vergleichs	221
3.	Wesen der Benachteiligung (Formelles oder materielles Diskriminierungsverständnis?)	222
II.	Bezug zum verbotenen Differenzierungskriterium des Geschlechts	225
1.	Unmittelbare Diskriminierung	225
a)	Tatbestandliche Anknüpfung an das Geschlecht (offene Diskriminierung)	225

b)	Differenzierung nach zwingend geschlechtsbezogenen Kriterien (versteckte Diskriminierung)	226
2.	Mittelbare Diskriminierung	228
a)	Problem: uneinheitliches Begriffsverständnis in der Rechtsprechung	229
b)	Kriterium der „geschlechtsneutralen Regelung“	231
c)	Kriterium der „ungleichen Betroffenheit“	233
aa)	Relevanz des Kriteriums	233
bb)	Typisierung oder tatsächliche Betrachtung	234
cc)	Abbildung auf die Vergleichsgruppen	235
dd)	Umfang der Ungleichheit (De minimis-Grenze?)	238
ee)	Subjektives Element	240
ff)	Benachteiligung gerade wegen des Geschlechts	241
d)	Kriterium der „objektiven Rechtfertigung“	241
aa)	Zwecksetzung	243
(1)	Fehlender Bezug zur Diskriminierung nach dem Geschlecht	243
(2)	Weitere Einschränkung zulässiger Zwecke	245
bb)	Inhalt der Maßnahme	249
cc)	Bedeutung des Rechtfertigungskriteriums	250
III.	Vergleichsrichtung: symmetrischer Begriff	251
C.	Rechtfertigung	252
I.	Grundsätzlicher Ausschluß geschlechtsbezogener Gründe	252
1.	Lohndiskriminierung	252
2.	Sonstige Geschlechterdiskriminierungen	254
II.	Ausnahmeregelungen	254
1.	Wesensmäßige Unterschiede	255
a)	Reichweite	255
b)	Dogmatische Einordnung	255
2.	„Affirmative action“	256
a)	Reichweite	256
b)	Dogmatische Einordnung	257
D.	Die Regelung der Beweislast	259
§ 8	Die Antidiskriminierungsnorm des Art. 13 EGV	260
A.	Bedeutung der Vorschrift	260
B.	Die Gleichbehandlungsrichtlinien	261
I.	Unmittelbare Diskriminierung (Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL)	262
II.	Mittelbare Diskriminierung (Art. 2 Abs. 2 lit. b der RL)	263
1.	Scheinbar neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren	263
2.	Benachteiligung „in besonderer Weise“	264
3.	Rechtfertigung	264
III.	Der Belästigungstatbestand (Art. 2 Abs. 3 der RL)	265
IV.	Ausnahmeregelungen mit Rechtfertigungscharakter	265
V.	Zulässigkeit sog. „positiver Diskriminierungen“?	266

	Der gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsbegriff	268
§ 9	Integration in ein einheitliches Konzept	268
	A. Die Variable des Vergleichstatbestandes	268
	I. Vergleichbarkeit und allgemeines Diskriminierungsverbot	269
	II. Vergleichbarkeit und besonderes Diskriminierungsverbot	269
	B. Der Tatbestand der Ungleichbehandlung als Basis des Diskriminierungsbegriffs	269
	I. Formelle oder „materielle“ Ungleichbehandlung?	270
	II. Reichweite des Vergleichs	271
	1. Beschränkung auf eine Einzelbetrachtung	271
	2. Das Problem der fehlenden Vergleichsgruppe (Potentielle Ungleichbehandlung?)	272
	3. Keine de minimis-Grenze	273
	III. Vergleichsrichtung: Symmetrische und asymmetrische Tatbestände	273
	1. Abgrenzung von nur typischer Wirkrichtung	274
	2. Die Grundfreiheiten	274
	3. Art. 12 EGV	276
	C. Integration der verschiedenen Diskriminierungsformen	277
	I. Die Diskriminierungsformen	277
	1. Unmittelbare Diskriminierung	277
	2. Mittelbare Diskriminierung	277
	a) Anknüpfung an ein „verdächtiges“ Kriterium als Grundlage einer Diskriminierungsvermutung	278
	b) Widerlegung durch sachliche Rechtfertigung	279
	II. Integration in einem einheitlichen Modell	281
	1. Das Modell der Anknüpfungsverbote	282
	2. Die Theorie der Begründungsverbote	283
	3. Wirkungsunterschied (Materielle Diskriminierung)	284
	III. Das verhaltensorientierte (finale) Differenzierungskonzept als Lösungsvorschlag	285
	1. Begründungsverbot als Ausgangspunkt	286
	2. Die Rolle des verbotenen Differenzierungskriteriums	287
	a) Stufe 1: Unmittelbare, offene Differenzierung	288
	b) Stufe 2: Unmittelbare, versteckte Differenzierung	288
	c) Stufe 3: Mittelbare Differenzierung	288
	d) Stufe 4: Direkter Nachweis der Zwecksetzung	289
	e) Keine weitergehende Erfassung einer „materiellen Diskriminierung“	290
	IV. Die „Rechtfertigungsdogmatik“	291
	1. Rechtfertigung einer bereits festgestellten Ungleichbehandlung wegen des verbotenen Merkmals	291
	2. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nach „neutralen“, aber „verdächtigen“ Kriterien	293
	3. Wertungswiderspruch?	293
	D. Prüfungsablauf	294

§ 10 Konsequenzen für die Dogmatik der Grundfreiheiten	294
A. Diskriminierungsbegriff und Tatbestand der Grundfreiheiten	295
I. Grundfreiheitliche Garantien jenseits des Diskriminierungsverbots	295
1. Prinzip gegenseitiger Anerkennung (Fälle fehlender Differenzierung) ..	295
2. Freiheitsrechtliche Garantie der Mobilität (Fälle „wirkungsneutraler“ Eingriffe)	298
3. Negative Eingrenzung: Die Tatbestandsausnahme nach <i>Keck</i>	299
a) Parallele zu den grundfreiheitlichen Garantien	299
b) Diskriminierungsverbot in bezug auf „Verkaufsmodalitäten“?	300
4. Zusammenfassung: Drei Dimensionen der Grundfreiheiten	301
II. Das Merkmal „grenzüberschreitender Bezug“ und der Diskriminierungstat- bestand	302
B. Diskriminierungsbegriff und Rechtfertigungsebene	304
I. Differenzierte oder einheitliche Schrankendogmatik?	304
II. Unterscheidung zwischen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Maßnahmen	306
1. Gründe für die Schrankendifferenzierung	306
2. Die Problematik der Eingrenzung von „mittelbaren Diskriminierun- gen“	308
3. Beispielsfälle	310
a) <i>De Agostini</i>	310
b) <i>Futura Participations</i>	310
c) <i>ICI</i>	311
d) <i>Ciola</i>	312
e) <i>Bosman</i>	313
f) Die Fälle <i>Decker und Kohll</i>	313
g) <i>Abfallimporte</i>	315
h) <i>Preussen Elektra</i>	316

Teil 4

Zusammenfassung und Ausblick	318
§ 11 Zusammenfassung	318
§ 12 Ausblick	320
Verzeichnis der zitierten EuGH-Entscheidungen	322
Literaturverzeichnis	335
Sachwortverzeichnis	346

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AKP-Staaten	Afrikanische, Karibische und Pazifische Staaten
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Rechtspolitik (Zeitschrift)
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BBPS	Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil (siehe Literaturverzeichnis)
Bd.	Band
BullEU	Bulletin der Europäischen Union
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDE	Cahiers de Droit Européen
CMLR	Common Market Law Review
d.	der/des
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ECU	European Currency Unit
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)
ELRev	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift

EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Währungssystem
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und Internationaler Teil (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GTE	von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (siehe Literaturverzeichnis)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HdBStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (siehe Literaturverzeichnis: Isensee/Kirchhof)
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber(in)
HZA	Hauptzollamt
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Zeitschrift)
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JBl.	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
KOM	Kommission
KOM E	Entscheidung der Kommission
lit.	litera
m. a. W.	mit anderen Worten
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m. w. N.	mit weiterem Nachweis/mit weiteren Nachweisen

NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o. ä.	oder ähnliches
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
S.	Satz, Seite(n)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r,s)
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Tz.	Textziffer
u.	und
u. a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UEFA	Union des associations européennes de football
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Das Gemeinschaftsrecht kennt an zahlreichen und den verschiedensten Stellen Diskriminierungsverbote, die bereits Gegenstand umfangreicher wissenschaftlicher Betrachtung und der Rechtsprechung des EuGH waren. Gleichwohl sind Gesamtuntersuchungen, in denen die Herausarbeitung gemeinsamer Strukturprinzipien und damit die Klärung des Diskriminierungsbegriffs versucht wird, bisher selten geblieben¹. Während die Debatte in früheren Jahren dabei hauptsächlich um die Entwicklung und Strukturierung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes kreiste, wird sie in letzter Zeit zunehmend auch von anderer Seite angestoßen: dem Bemühen um eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten².

Gerade dieses Rechtsgebiet dominiert seit den berühmten Entscheidungen *Cassis* und *Keck* geradezu die Europarechtswissenschaft und auch nach inzwischen fast 20-jähriger Beschäftigung mit ihm ist eine Klärung bislang wohl nur in Ansätzen erkennbar. Die maßgeblichen Impulse zu einer „dogmatischen Konvergenz“ kamen dabei meist vom EuGH selbst. Bezeichnend ist insoweit das Urteil *Gebhard*, in dem der EuGH erstmals eine einheitliche Schrankendogmatik für alle Grundfreiheiten formuliert³. In der Literatur scheinen, nachdem die Diskussion über die Inländer- bzw. umgekehrte Diskriminierung inzwischen abgeebbt ist, nun vor allem zwei Streitpunkte vorzuherrschen. Zum einen geht es eher prinzipiell um die Natur der Grundfreiheiten und damit die Frage, ob sie mehr Gleichheits- oder mehr Freiheitsrechte sind. Traditionellerweise wird hier von einer doppelten Natur, bestehend aus Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot gesprochen. Doch finden sich auch neuere Ansätze, die allein die gleichheitsrechtliche Struktur betonen⁴. Zum anderen gibt aber auch die neueste Rechtsprechung zu Zweifeln am Festhalten der überkom-

¹ Zu nennen sind insofern nur *Bode*, Die Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag, 1968; *Feige*, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 1973 sowie *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990. – Ansonsten beschränken sich die Untersuchungen durchweg auf wichtige Einzelaspekte eines Diskriminierungskonzeptes, wie die Inländerdiskriminierung (vgl. hier die Arbeiten von *Epiney*, *Hammerl*, *Reitmaier* und *Burmester*), die mittelbare Geschlechterdiskriminierung (v. a. die Arbeiten von *Bieback*, *Blomeyer*, *Eichinger* und *Langenfeld*) oder die Diskriminierung im Rahmen der Montanunion (vgl. hier *Steindorff*, *RabelsZ* 21 (1956), 270 ff. sowie die Arbeit von *Zerr*).

² Vgl. hierzu nur *Classen*, EWS 1995, 97 ff.; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 ff.; *Eilmansberger*, JBl. 1999, 345 ff. u. 434 ff.; *Jarass*, EuR 1995, 202 ff.; *ders.*, EuR 2000, 705 ff. sowie die Arbeiten von *Kingreen* und *Hoffmann*.

³ EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

⁴ *Kingreen*, S. 84 f.; *Jarass*, FS Everling, 593 ff.

menen Schrankendogmatik Anlaß⁵. Hier unterschied der EuGH zumindest bislang zwischen unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen, die durch die im Zuge der *Cassis*-Rechtsprechung entwickelten Allgemeininteressen gerechtfertigt werden können, und unterschiedlichen Maßnahmen, für die nur die vertraglich vertypten Ausnahmegründe (z. B. Art. 30 S. 2, Art. 46 Abs. 1 EGV) herangezogen werden können. Beide Streitpunkte zeigen, daß die Suche nach einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten bei der Klärung des zugrundeliegenden Diskriminierungsbegriffs anzusetzen hat⁶. Hierin liegt der Schlüsselaspekt auch für das Verhältnis der verschiedenen Wirkungsdimensionen der Grundfreiheiten zueinander.

Doch soll die vorliegende Arbeit nicht bei den Grundfreiheiten stehen bleiben. Vielmehr soll hier der umfassendere Ansatz einer Querschnittsanalyse gewählt werden, die auch zahlreiche andere Diskriminierungsverbote des EGV einbezieht. Von Bedeutung sind hier vor allem die Art. 12 EGV, Art. 141 EGV sowie der relativ neue Art. 13 EGV, aber auch die Vorschriften zum Marktordnungs- und Wettbewerbsrecht. Der Vorteil einer solchen „horizontalen“ Zusammenschau ist die Möglichkeit, zu einer einheitlichen Begriffsbildung beizutragen, die auch nicht nur als Selbstzweck zu sehen ist, sondern – nicht zuletzt wiederum für die Grundfreiheiten – zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit führen kann⁷. Für das mit einer Verfassungsordnung vergleichbare Gemeinschaftsrecht ist es – wie die Rechtsprechung zeigt – auch nicht ungewöhnlich, Strukturprinzipien aus einem Regelungsbereich in andere zu übernehmen⁸. Darüber hinaus kann ein solcher Ansatz zumindest auch einige Anregungen für die – ebenfalls bei weitem noch nicht entwickelte⁹ – Dogmatik des Gleichheitssatzes im Gemeinschaftsrecht liefern.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. In einem ersten Grundlagenteil sind – neben einer kurzen Darstellung der Geschichte des Diskriminierungsbegriffs – zunächst die prinzipiellen Fragestellungen einer Konturierung des Begriffs herauszuarbeiten.

⁵ *Novak*, DB 1997, 2589, 2591; *Weiß*, EuZW 1999, 493 ff.; *Streinz*, JuS 1999, 1222; *Hailbronner/Nachbauer*, EuZW 1992, 111 f.; *Nettesheim*, NVwZ 1996, 342, 343; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Hilson*, ELRev 24 (1999), 445, 448; *Schütz*, Jura 1998, 631, 637 f.; *Leible*, § 4 B. II. 3. d.; ähnlich auch *Wernsmann*, EuR 1999, 754, 760; *Gundel*, Jura 2001, 79.

⁶ *Kingreen*, S. 51; *Streinz*, FS Rudolf, 199, 216 ff.; *Hilson*, ELRev 24 (1999), 445; *Gundel*, Jura 2001, 79, 80. Ebenso *Bernard*, ICLQ 45 (1996), 82 („The debate about the function of the concept of discrimination in the law on the free movement of goods, services and persons in the Community is one of those discussions which has more to offer than meets the eye.“). Eine besondere Tragweite erreicht die Problematik auch im Rahmen der Europaabkommen, deren Vorschriften im Gegensatz zu den Grundfreiheiten auf ein reines Diskriminierungsverbot begrenzt sind, vgl. hierzu *Weiß*, InfAuslR 2001, S. 1 f.

⁷ Auch der EuGH bedient sich neuerdings einem Gleichlaufargument bei den Diskriminierungsverboten, vgl. EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, EuZW 2000, 468, Rn. 34 f.; siehe hierzu auch *Forsthoff*, EWS 2000, 389, 393 sowie kritisch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462.

⁸ Besonders deutlich wird dies an der Figur der „mittelbaren Diskriminierung“, die zuerst als „versteckte Diskriminierung“ i. R. d. Art. 12 EGV entwickelt später bei Art. 141 EGV Eingang fand (siehe im Folgenden unter § 2 D. III. 3. a.; § 5 B. IV. 5.; § 7 B. II. 2. a.).

⁹ *Kischel*, EuGRZ 1997, 1.

Kern wird dabei die Entwicklung einer Modellstruktur sein, die als Gerüst für die Analyse im zweiten Teil dienen soll und bereits mögliche Begriffselemente vzeichnet. Im Anschluß wird noch auf den besonderen Begriff der „materiellen Diskriminierung“ sowie kurz die Problematik der „umgekehrten Diskriminierung“ einzugehen sein.

Gegenstand des zweiten Teils ist sodann eine umfassende Untersuchung des Begriffsverständnisses im Rahmen wichtiger Diskriminierungsverbote, wobei ein klarer Schwerpunkt auf die Rechtsprechung des EuGH gelegt werden soll. Neben den Grundfreiheiten interessiert hier freilich auch eine Betrachtung der sog. allgemeinen Diskriminierungsverbote, der Verbote hinsichtlich Geschlechterdiskriminierungen und des mit dem Amsterdamer Vertrag geschaffenen Art. 13 EGV.

Im dritten Teil wird dann auf der Basis der vorangegangenen Untersuchung der Versuch unternommen, ein eigenes Diskriminierungskonzept zu entwickeln und dessen mögliche Rückwirkungen auf die Dogmatik der Grundfreiheiten darzustellen.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und dem Ausblick auf weitere offene Fragen.